

Advies conceptwetsvoorstel Wet kind, draagmoederschap en afstamming en wetsvoorstel Wensouderverlof

Dit document bevat de alternatieve tekst van het origineel. Dit document is bedoeld voor mensen met een functionele beperking, zoals slechtzienden en blinden.

Aan de Minister voor Rechtsbescherming
T.a.v. mr. J. van der Hoeven
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

31 augustus 2020

Geachte heer Dekker,

Bij brief van 24 april jl., verzocht u de Raad voor de rechtspraak advies uit te brengen over het voorstel tot wijziging van Boek 1 en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van met name een regeling voor draagmoederschap en een versterking van het recht van het kind op afstammingsinformatie (Wet kind, draagmoederschap en afstamming). Voorts werd separaat bij brief van 22 juni jl, het wetsvoorstel Wensouderverlof ter advisering voorgelegd.

Het wetsvoorstel

Met het wetsvoorstel kind, draagmoederschap en afstamming (hierna: 'het wetsvoorstel') wordt een regeling getroffen voor het ontstaan van ouderschap na draagmoederschap, op een zorgvuldige en transparante wijze. Indien de rechter vóór de conceptie toestemming geeft aan de draagmoeder en de wensouders, worden de wensouders vanaf de geboorte de ouders van het kind en komen zij als zodanig op de geboorteakte van het kind te staan. Het recht van kinderen op informatie over hun afstamming wordt met dit wetsvoorstel versterkt, onder andere door de inrichting van een afstammingsregister.

Het wetsvoorstel voorziet voorts in een betere bescherming van minderjarige ouders.

Het wetsvoorstel Wensouderverlof kent de wensouders een recht op verlof toe dat is gestoeld op de regeling van het adoptieverlof.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.¹

Algemeen

De rechtspraak heeft jarenlang ervaring met zaken op het gebied van draagmoederschap in zijn huidige vorm, waarbij een algemene wettelijke regeling ontbreekt. In zijn algemeenheid laat de rechtspraak een weerbarstig beeld zien. Gezinnen en families die in harmonie met elkaar leven, worden in de zittingszaal meestal niet aangetroffen. De Raad onderschrijft het belang om te komen tot een wettelijke regeling voor het draagmoederschap. Dit neemt niet weg dat er aanleiding is om een aantal kritische kanttekeningen te plaatsen bij het wetsvoorstel, mede ingegeven door de ervaringen in de praktijk.

Kern van het advies

De rechter krijgt op basis van het wetsvoorstel de taak de draagmoederschapsovereenkomst voorafgaand aan het draagmoederschap te toetsen. Op basis hiervan kan de rechter het ouderschap toekennen aan de wensouders. De toegevoegde waarde van deze toetsing vooraf door de rechter is minder krachtig, indien niet nadien wordt nagegaan of het ouderschap na draagmoederschap daadwerkelijk is ontstaan zoals de draagmoeder en de wensouders voor ogen hadden en overeenkomstig de daarmee gestelde waarborgen voor het kind. Het is in het belang van het kind dat er geen twijfel kan bestaan over zijn ontstaansgeschiedenis.

Het wetsvoorstel voorziet niet in een regeling voor situaties waarin zaken niet goed verlopen. Er is niet veel fantasie nodig om je voor te stellen dat het op een aantal fronten mis kan gaan. Dit is waar de rechtspraak haar taak met name zal vinden. Als zaken niet gaan zoals is overeengekomen, biedt het wetsvoorstel geen duidelijk kader waaraan de rechter kan toetsen. Hiermee wordt een zwaar beroep gedaan op de rechtsvormende taak van de rechter.

De Raad realiseert zich dat het wetsvoorstel in samenhang met het wetsvoorstel kinderkoop moet worden gezien. Dit wetsvoorstel biedt de mogelijkheid om strafrechtelijk op te treden tegen uitwassen, waarbij op de draagmoeder oneigenlijke

¹ De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklast van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



druk wordt uitgeoefend om deel te nemen aan het draagmoederschap. Het wetsvoorstel kinderkoop is een belangrijke aanvulling, maar biedt geen oplossing voor de meer 'alledaagse' situaties waarin zaken niet goed verlopen.

Positie van de echtgenoot

Opvalt dat de positie van de echtgenoot van de draagmoeder geen aandacht krijgt in het wetsvoorstel. Door de gerechtelijke toekenning na draagmoederschap verliest hij echter het ouderschap van het kind dat uit zijn echtgenote wordt geboren. De Raad werpt de vraag op of hij niet partij bij, of ten minste betrokken bij de draagmoederschapsovereenkomst zou moeten zijn? De situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen - in de jurisprudentie zijn hier gevallen van bekend - dat het vermoeden bestaat dat het kind biologisch zijn eigen kind is. **Moet hij dan 'zijn' kind opgeven, terwijl met hem specifiek geen afspraken zijn gemaakt?**

Positie van de draagmoeder

Uitgangspunt (MvT pag 24) is dat het kind moet weten wie de draagmoeder is en haar (op termijn) moet kunnen leren kennen. In de draagmoederschapsovereenkomst moeten afspraken worden gemaakt over het contact met de draagmoeder (art. 216). Omdat de draagmoeder niets meer is dan alleen de draagmoeder, geen juridische ouder zal zijn en geen gezag heeft, kan het recht op contact alleen worden beoordeeld aan de hand van bestaand family life. Dit is er niet zolang het contact niet op gang is gekomen. Of is met het feit dat de draagmoeder het kind heeft gedragen het family life gegeven? En is dit dan de titel waarop de draagmoeder de afspraken kan 'afdwingen' bij de rechter, als de wensouders die afspraken niet nakomen? **En gaat het 'family life' weer verloren als enige tijd na de geboorte geen contact met de draagmoeder plaatsvindt?**

Positie van het kind

Het is de vraag of de wensouders, als de wettelijke vertegenwoordigers van het kind, de belangen van het kind goed kunnen vertegenwoordigen. De nieuwe artikelen worden **opgenomen in Titel 11 'Afstamming' van Boek 1 BW. In afstammingszaken wordt** ambtshalve een bijzonder curator benoemd (artikel 1:212 BW). De Raad gaat er daarom vanuit dat in zaken waarbij een herroeping van de gerechtelijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap aan de orde is (artikel 1:219 BW) een bijzonder curator zal worden benoemd.

Een eigen rechtsingang voor het kind om het ouderschap na draagmoederschap ongedaan te maken biedt het wetsvoorstel niet. De Raad vindt dat ook niet direct nodig. Mocht blijken dat het kind daar jaren later zelf behoefte aan heeft, dan heeft het wellicht een ingang op basis van het EVRM. Een andere mogelijkheid zou zijn de regeling van ontkenning van het ouderschap onder de loep te nemen.

Toetsingscriteria

Het wetsvoorstel biedt de rechter veel ruimte bij de toetsing. Zo stelt het wetsvoorstel geen leeftijdsgrenzen, zoals bij adoptie wel het geval is, maar kan de leeftijd van de wensouders wel een rol spelen bij de rechterlijke beoordeling (MvT pag. 25). Over de

effecten van draagmoederschap op de ontwikkeling van een kind is niet veel bekend. Bij de introductie van adoptie destijds zag ook niemand de schaduwzijde, maar die bleek er wel degelijk te zijn. Eén van die schaduwkanten betreft het financieel belang. Financieel belang kan ook bij draagmoederschap een rol spelen. Wat betekent het voor een kind als **het er op enig moment achter komt dat hij of zij 'gekocht' is?**

De rechter kan hierbij voor lastige afwegingen komen te staan. Wat betekent het bijvoorbeeld voor een kind als de wensouders 48 en 50 jaar oud zijn? Bij welke leeftijd is het toekennen van het ouderschap niet in het belang van het kind? Hoe kan de rechter het belang van een niet-geboren kind toetsen ?

Nakoming afspraken

Het wetsvoorstel lijkt er van uit te gaan dat na de goedkeuring door de rechter, alles zal verlopen als afgesproken, afgezien van een wens tot herroeping door de wensouders of de draagmoeder. Er is geen regeling voor de situatie dat de wensouders of de draagmoeder zich niet houden aan de afspraken uit de overeenkomst. Wat als de draagmoeder gedrag vertoont dat de ongeboren vrucht zouden kunnen schaden, bijvoorbeeld roken tegen de afspraak in? Wat als het kind bij een echo een afwijking blijkt te hebben en de wensouders willen niet meer? Wat als, in zaken zonder medische assistentie, het later toch een andere donor wordt dan opgenomen in de overeenkomst? **Wat als de 'gewone verblijfsplaats' (art. 215 lid 1 sub h en j) wijzigt in de periode tussen indiening verzoek, toewijzing en tot stand komen zwangerschap ?** Wat als de wensouders uit elkaar gaan etc.

Volgens de MvT leidt de overeenkomst tot wederzijdse aanspraken. De regeling in afdeling 7 wordt in de MvT als dwingend van aard gezien, wat betekent dat er niet van kan worden afgeweken. De verwachting is dat in de praktijk zich allerlei zaken zullen voordoen die gaan over de afspraken uit de draagmoederschapsovereenkomst, waarin dan niet is voorzien hoe daarmee om te gaan. De Raad adviseert in de MvT nader in te gaan op de vraag hoe nakoming van de afspraken kan worden afgedwongen, of er sancties zijn, en tot welke rechter de wensouders of de draagmoeder zich kunnen wenden (de familierechter die de overeenkomst eerder heeft goedgekeurd?).

Correcte vaststelling afstamming

Het belang van het kind brengt met zich mee dat zijn ontstaansgeschiedenis correct wordt vastgesteld. De geboorteakte van het kind vermeldt het ouderschap na draagmoederschap, zoals dat door de rechter is toegekend. De situatie kan zich voordoen dat de afstammings situatie, zoals deze is opgenomen in de overeenkomst op basis waarvan de rechter het ouderschap van de wensouders na draagmoederschap heeft vastgesteld, niet correct is. Voor herroeping geldt een termijn van slechts zes weken (art. 219). Nadien lijken op basis van het wetsvoorstel de afstammingsgegevens onherroepelijk te zijn vastgesteld.

Om fouten te voorkomen geeft de Raad in overweging om vlak na de geboorte DNA-onderzoek te laten doen. Hiermee wordt dan een toets/controlmoment gecreëerd dat de rechterlijke toekenning van het ouderschap na draagmoederschap overeenkomt met hetgeen de draagmoeder en de wensouders zijn overeengekomen.

De Raad geeft verder in overweging om een instantie als bijvoorbeeld de Raad voor de Kinderbescherming bij een traject van draagmoederschap te betrekken.

Afstammingsvoorlichting

Het kind blijft voor een belangrijk deel van de wensouders afhankelijk waar het gaat om de afstammingsvoorlichting (MvT pag. 32). Toezicht of dit ook daadwerkelijk is gebeurd is er in beginsel niet. Volgens de MvT kunnen er kindbeschermingsmaatregelen worden getroffen als wensouders tekort schieten in de voorlichting, maar enkel indien de ontwikkeling van het kind daardoor ernstig wordt bedreigd. De Raad veronderstelt dat hier de ondertoezichtstelling wordt bedoeld, en vraagt zich af hoe door de buitenwereld kan worden vastgesteld dat de ontwikkelingsbedreiging wordt veroorzaakt door het niet geven van afstammingsinformatie? Een kind dat pas op latere leeftijd, bijvoorbeeld meerderjarigheid, op de hoogte raakt van zijn afstamming wordt hierdoor bovendien niet beschermd. De schade kan op dat moment wellicht al groot zijn.

Afstammingsregister

Het wetsvoorstel voorziet in de inrichting van een afstammingsregister. De beschikking houdende een gerechtelijke toekenning van ouderschap na draagmoederschap en de overeenkomst tussen wensouders en draagmoeder worden opgenomen in het afstammingsregister. Welke informatie verder moet/kan worden opgenomen, en wie die informatie kunnen inschrijven zal nader worden geregeld bij AMvB. De Raad vraagt zich **in dit verband af of wordt beoogd een 'levend'** register tot stand te brengen. Worden ook later geboren genetisch verwante broertjes of zusjes opgenomen? En wat als op een later moment een genetische afwijking bij een biologisch ouder wordt vastgesteld, is dat ook informatie waartoe het kind toegang zou moeten hebben?

De AMvB zal ook aandacht moeten besteden aan de samenhang met het gezagsregister. Een herroeping zal in ieder geval in het gezagsregister verwerkt moeten worden, als het kind geboren is op het moment van onherroepelijk worden.

IPR-aspecten

Een buitenlandse afstamming gebaseerd op draagmoederschap wordt in Nederland uitsluitend erkend als de rechter dat verklaart (art. 10:101a lid 1 en lid 2 BW). Uit de wettekst volgt niet welk toetsingskader de rechter hierbij dient te hanteren. Wel verschaft de MvT helderheid. De Raad adviseert om het toetsingskader in de wettekst zelf op te nemen, zodat daarover geen misverstand kan bestaan. Hiermee wordt ook het overzicht in de erkenningsbepalingen in Boek 10 BW met betrekking tot afstamming in stand gehouden.

Werklast

Het wetsvoorstel heeft geen substantiële gevolgen voor de werklast.

Conclusie

Concluderend kan worden gezegd dat het wetsvoorstel de Raad aanleiding geeft tot het maken van kritische opmerkingen. Het wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm op een aantal bezwaren. De Raad vraagt u daarom om het wetsvoorstel op de in dit advies (inclusief de Bijlage) genoemde onderdelen aan te passen en te verduidelijken.



Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd en/of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het Staatsblad. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. A.A. E. Dorsman

Lid Raad voor de rechtspraak

BIJLAGE

- De Raad heeft geen opmerkingen bij het wetsvoorstel Wensouderverlof.
- Het Besluit burgerlijke stand 1994, artikel 43, dat bepaalt wat op de geboorteakte wordt vermeld behoeft aanvulling.
- De aanbeveling van de Staatscommissie IPR om ook enkele bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Titel 1 inzake de rechtsmacht van de Nederlandse rechter te wijzigen is niet overgenomen in het wetsvoorstel. De Raad vraagt zich af waarom niet.
- In de MvT zou aandacht besteed kunnen worden aan het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel Deelgezag, voor wat betreft de vraag of ook de draagmoeder in aanmerking kan komen voor deelgezag.

Artikelgewijs

Artt. 1:198 en 1:199 BW

Waarom wordt niet dezelfde terminologie gebruikt voor zowel de onderdelen a en b **wordt als onderdeel e?** (d.w.z of 'het ouderschap na draagmoederschap als bedoeld in artikel 214 is toegekend', of 'van wie het ouderschap gerechtelijk is toegekend na draagmoederschap')

Art. 1:199a BW

Deze zin is lastig geformuleerd.

Art. 1:204 BW:

- Hier ontbreekt het toetsingskader terwijl de MvT hier wel op ingaat (MvT pag. 19 en 24). De Raad adviseert het toetsingskader op te nemen in lid 6.
- De Raad geeft in overweging **om een bestaand 'gebrek' in artikel 1:204 lid 1 onder c** (in het wetsvoorstel: b) in combinatie met artikel 1:204 lid 3 en/of 4 BW te herstellen, door de vader uit lid 1 onder c ook te vermelden in de leden 3 en 4. Toelichting: In lid 1 onder c staat dat een erkenning nietig is als zij is gedaan zonder toestemming van de moeder of de vader. Dat is de vader die alleen in een familierechtelijke betrekking staat tot een kind. Dat is uitzonderlijk, en betreft de situatie dat een man alleen een kind adopteert. Hij zal dus toestemming moeten geven aan een derde die zijn kind wil erkennen (vaak de duovader). Als hij die toestemming weigert, zal die derde ook om vervangende toestemming kunnen vragen. Dat zou zomaar de verwekker kunnen zijn, of de biologische vader of de instemmende levensgezel. Bijvoorbeeld bij een informele draagmoederconstructie (niet de wettelijke uit het voorstel).

Artikel 1:214 BW

- In dit artikel moet zowel worden verwezen naar artikel 41 (geen huwelijk..) als naar artikel 80a, zesde lid (geen geregistreerd partnerschap..).
- Aan de rechtbank moet een verklaring omtrent het gedrag worden overlegd (lid 5). Niet gecheckt wordt of kinderen van één van de wensouders onder toezicht zijn gesteld dan wel het gezag over hen is beëindigd. In het kader van de beoordeling van de geschiktheid van wensouder(s) is dat wel relevant. De Raad adviseert te bepalen dat ook een uittreksel uit de BRP moet worden overgelegd, waaruit blijkt of zij kinderen hebben, en als zij die hebben, ook een uittreksel uit het gezagsregister.

Artikel 1:215 BW

- **In overeenstemming met de MvT zouden in lid 1 onder a naast de 'juridische en psychologische aspecten', ook de medische aspecten expliciet kunnen worden genoemd.**
- De Raad adviseert de mondelinge behandeling niet verplicht te stellen. Draagmoederschapszaken worden soms schriftelijk afgedaan, wanneer partijen de zorgvuldige route via het VU medisch centrum hebben gevolgd en de Raad voor de kinderbescherming geen bezwaren heeft. De Raad adviseert het aan de rechter te laten om wel of geen mondelinge behandeling te bepalen.

Artikel 1:217 BW

De draagmoeder zal niet altijd bevallen in de plaats waar ze woont. Aangifte van de geboorte kan dus ook in een andere plaats. In de praktijk blijkt dat niet altijd door de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt gecheckt of in de woonplaats al een erkenning heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de geboorte, al is dit wel onderdeel van het werkproces, aldus de MvT. Het wetsvoorstel bevat geen regeling dat een erkenning voorafgaand aan de geboorte nietig zou moeten zijn, als er al een beschikking toekenning ouderschap is afgegeven (en er in theorie dus al ouder(s) zijn). In 1:204 BW zijn de nietigheidsgronden opgenomen, misschien moet daar een regeling bij?

Artikel 1:218 BW

Lid 1 hanteert een termijn van drie jaar, terwijl in de MvT (onder par. 4.6 en op pag. 44) een termijn van twee jaar wordt genoemd. Wat is de juiste termijn? En wat betekent een (beperkte) overschrijding van deze termijn?

Artikel 1:219 BW

- De herroeping op verzoek kan ook van één persoon afkomstig kan zijn (i.p.v. beide wensouders). De herroeping ziet in dat geval alleen op die ouder. Daarmee is echter wel het verband uit de overeenkomst die door de rechter is goedgekeurd. De vraag is of de rechter de overeenkomst ook had goedgekeurd als er alleen die overgebleven ouder zou zijn. Het lijkt dat dan in ieder geval de Raad voor de kinderbescherming wordt ingeschakeld om te kijken of alles nog wel goed gaat.

- De termijn van 6 weken (lid 4) is in verband met de rechtszekerheid en het belang van het kind begrijpelijk. Maar wat als de draagmoeder in een zware medische situatie terecht is gekomen en niet binnen 6 weken kan beslissen. Voorzien zou kunnen worden in een uitzondering op grond van medische zaken die het gevolg zijn van de bevalling.

Artikel 1:253ha BW

- In de MvT (pag 48) staat dat de vader ook eenhoofdig gezag kan krijgen. De vraag is of dat kan. Er is immers een moeder. Die is meerderjarig (verklaard) en heeft dan van rechtswege het gezag, óf er is voorzien in het gezagsvacuüm door benoeming van een voogd als de moeder minderjarig is.
- Er staat in de MvT dat een meerderjarigverklaring moet worden beoordeeld aan de hand van het klem/verloren criterium. Aanbevolen wordt dit met een verwijzing naar artikel 1:253c BW in de wettekst op te nemen.

Artikel 10:98a lid 1 BW

Nederlands recht is van toepassing indien de draagmoederovereenkomst in Nederland is gesloten. De vaststelling in welk land een overeenkomst is gesloten is met de moderne telecommunicatiemiddelen niet eenvoudig. IPR-bepalingen sluiten in het algemeen aan bij de nationaliteit of de verblijfplaats.

Artikel 10:101a BW

- **Het werkwoord 'verklaren' in de leden 1 en 2 ('... als de rechter dit verklaart') roept de vraag op of het gaat om een 'verklaring voor recht'? Bedoeld echter lijkt te worden '... nadat de rechter heeft vastgesteld dat aan de voorwaarden voor erkenning is voldaan'. De MvT ('via een beoordeling door de rechter', pag. 49) wijst ook in deze richting. Opgemerkt wordt dat niet duidelijk is welke dan de voorwaarden voor erkenning zijn waaraan de rechter moet toetsen.**
- **Volgens lid 5 stuurt de 'betrokken instantie' de gegevens naar het** afstammingsregister in de gevallen waarin op grond van lid 3 van artikel 1:101a, BW de afstammingsrelatie van rechtswege wordt erkend. Het is wenselijk nader in te vullen op welke instanties wordt gedoeld, om te voorkomen dat de van belang zijnde gegevens niet aan het afstammingsregister worden gezonden.
- De redactie van artikel 10:101a BW sluit niet aan bij de terminologie van Boek 10. Als de rechter niet **betrokken wordt heet dit in Boek 10 'erkenning van rechtswege' en als de rechter wel in actie komt 'erkent'**. In lid 3 lijken de voorwaarden voor erkenning van rechtswege te zijn opgenomen. Het verdient aanbeveling dit dan ook zo te duiden.